



P O R

IVAN LORENZO

VEZINO DESTA CIVDAD, COMO
tio de Iuan Diaz menor difunto, hijo de Simõ Diaz, y de Maria de Silua hermana del dicho Iuan Lorenzo.

C O N

MARIA THERESA DE LAS INFANtas, muger en ſegundas nupcias del dicho Simon Diaz, y Franciſco Muñoz de Almoguera, Curador ad litem de Sebaſtian, Marcos, y Iuan menores, hijos de Domingo Diaz.

S O B R E

Los bienes, y herẽcia, que quedaron por fin, y muerte del dicho Iuan Diaz menor.



POR

IVAN LORENZO

VEZINO DESTA CIVDAD, COMO

tio de Iuan Diaz menor difunto, hijo de Simõ Diaz, y de Maria de Silua hermana del dicho Iuan Lorenzo.

CON

MARIA THERESA DE LAS INFANTAS, *muger en segundas nupcias del dicho Simon Diaz, y Francisco Muñoz de Almoguera, Curador ad litem de Sebastian, Marcos, y Iuan menores, hijos de Domingo Diaz.*

SOBRE

Los bienes, y herẽcia, que quedaron por fin, y muerte del dicho Iuan Diaz menor.

N. 1. PRetende Iuan Lorenço, que ha de suceder en todos los bienes y hazienda, que quedarō por fin y muerte de Iuan Diaz menor, su sobrino, hijo de Maria de Silua su hermana, ab intestato desuaneciendo la substitucion pupilar, que pretendio hazer Simon Diaz Padre del dicho Iuan Diaz, excluyendo a Maria Teresa de las Infantas, muger en segundas nupcias de el dicho Simon Diaz, y a Marcos, Sebastian, y Ioan menores, hijos de Domingo Diaz, sustitutos pupilares, que pretenden ser del dicho Iuan Diaz menor, y porque la pretension de ambas partes que pretenden consistir vnos, y otros desuanecer la dicha substitucion pupilar, se funda en el testamento que otorgo el dicho Simon Diaz, sera fuerça referirlo a la letra, cuyo tenor es como se sigue. *Y cumplido y pagado lo contenido en este mi testamento, el remaniente que fincare, y permaneciere de todos mis bienes y hazienda titulos derechos, y acciones, mando que los aya, y herede el dicho Iuan mi hijo legitimo, y de la dicha Maria de Silua, que fue mi muger, al qual establezco por mi legitimo y vniuersal heredero, atento no tēgo otro, con tal condicion q̄ si el dicho Iuan mi hijo falleciere en la edad pupilar, todos sus bienes y hazienda, los ayan he llenen, y partan igualmente entre si, Catalina de Silua su abuela, y los hijos de Domingo Diaz mi hermano, y de Catalina Sanchez, que fue su muger, y la dicha Maria Teresa de las Infantas mi muger, a los quales de fallecer el dicho mi hijo en la edad pupilar, los establezco por mis herederos y en esta forma hago la institucion pupilar, y de heredero en la mejor via, y forma que huuiere lugar en derecho.*

Este Informe diuidiremos en tres articulos.

En el primero articulo probaremos, como por ser la substitucion pupilar, stricti iuris, y odiosa se ha de restringir, e interpretar strictamente.

En el segundo articulo probaremos, como en la substitucion pupilar q̄ las partes pretenden cōtrarias, no

no se guardo la forma del derecho, y assi fue inualida.

En el tercero articulo probaremos, como dela prueba delos dos articulos antecedẽtes, resulta el ab intestato, por lo qual ha de suceder Iuan Lorenço en todos los bienes, y hazienda del dicho Iuan Diaz menor, su sobrino, como su pariente mas cercano.

PRIMERO ARTICVLO.

N. 2. EN materia de substitucion pupilar, que adeo est stricti iuris, & eius rigore procedit, vt eleganter probat D. Ioãnes del Castillo *lib. 2. controuers. iuris cap. 4. per totum*; y vemos por sus efectos que tan contrarios son a reglas de derecho comũ, oficio de piedad, y obligacion natural, y legitima, pues se dispone, y ordena alienum patrimonium caliditate insidiante cõtra præceptum naturæ *in l. 3. in fine ff. de iustitia & iure.* obuians matribus, & auiis illud triste lucrum, quod ius commune in solacium filiorum amissorum tribuit illis vt non ad leges, sed ad inferos conclamentur. Y lo que el hijo en su testamento por no faltar a la obligacion natural *cap. si pater de testam. in 6.* correlatiua entre padres y hijos, no puede hazer, vt pluribus exornat Ant. Gom. Tellus Fern. *in l. 6. taur.* Azebed. *in eadẽ l. quæ hodie est 1. tit. 8. lib. 5, recop.* Lo puede hazer su padre, *d. cap. si pater.* ingrato al beneficio, q̃ recibio de quien lo saco quiças de humilde sirbiente, y le dio honra, muger que le siruiera, y hazienda con que pasar, que partiendose a la otra vida, quiso mas darsela a quien no tenia parte en ella, que aquien a el se la auia dado, y tenia derecho de repetirla, Augustinus *23. quæst. 3. cap. 6.* valiendose para ello del derecho mas riguroso que las gentes han vsado.

N. 3. De que resulta ser la substitucion pupilar muy odiosa, no solo a los que la padecen, mas tambien a los que miran sus efectos compadeciendose de los que los padecen, llamando injusto al derecho que tal permite, y

pues

pues las substituciones admiten interpretacion *d. cap. si pater*, esta como stricta se deue interpretar strictamente restringiendola, *cap. odia de reg. iuris in 6.* & satis controuertitur a Tiraqu. *in praef. de retractu lignag. à num. 56. vsque ad 72. praesertim à num. 62.* discutiens per ea odiosa, & iniusta, quae bono dolo decipi possunt.

N. 4. Y en tanta manera es odiosa esta materia, que comũmente se escrupuliza, y pone en duda, el poder retener los bienes de la substitucion pupilar en odio de linea materna, que da ocasion a disputarla los Doctores, vt per Gregorium Lop *Glos. 3. l. 7. tit. 5. part. 6.* Vincent. Fusar. *quaest. 156* que dexa la question en terminos de q̃ teniendo el substituto pupilar lesa la conciencia, y en consideracion, que le parezca, deba restituir la legitima materna, estara obligado a hazerlo. *num. 21.* cuyo escrupulo comunmente se estiende, y practica in toto terrarum orbe.

SEGVNDO ARTICVLO.

N. 5. PAra prueba de el segundo articulo es de aduertir, que aunque el testador quiso hazer la substitució pupilar que las partes contrarias pretenden, conforme a la facultad que el derecho le permite, *l. moribus & per tot. ff. de vulg. & pup. l. 5. 6. y 7. tit. 5. part. 6.* principalmente assistiendo el testamento del padre, e instituydo el hijo, ne deficiente illo testamentum pupillare eua nesceret, *d. l. moribus, §. quisquis. d. l. 5. part. 6.* hoc habet substantiam ex patria potestate per dicta iura, quae quidem potestas per matrimoniũ quaeritur princip. *instit. de patria potestate l. nam ciuiũ. ff. de ijs qui sunt sui*, & apud nos secundum ius regium non solum per nuptias conquaesitas adquiritur patria potestas; sino juntamente por la velacion, *argumento textus in l. 47. Tauri*, por la qual se dispone, que el hijo casado, y velado, sea tenido por emancipado, ergo, porque assi salio de la patria potestad, ergo, del mismo modo entra en ella, esto es ca-

sandose, y velandose sus padres, siquidem nihil tan natu rale quam eodem genere quidquid disoluere quo coligatum est *l. nihil 35. de reg. iuris.* cum ibi notatis a Dino.

N. 6. Confirmase esta doctrina, nã vbi eadẽ est ratio idẽ ius debet statui, *cap. trãslato de cõstitut. c. inter corporalia de trãsl. Episc. prope med. l. prætor 25. §. quod vulgo, ff. de vi, & vi armata. l. illud 32. ad l. Aquil.* & cũ patria potestas sit fundamẽtũ partiũ contr. ad hoc, vt pater posit cõdere testamẽtũ pupillare pro filio, la debẽ probar cõ la qualidad de la velaciõ, *l. ei incumbit ff. de probation. l. nec codicillos. C. de codicillis,* qui si nõ probauerint, succumbent, *cap. cum Eccles. de causa possessionis, & prop. l. res aliena l. si pactum C. de reiuindicatione,* principalmente tratando de tan gran perjuycio, como es priuar a Iuan Lorenço de la sucesion de los bienes q̃ sus padres Toribio Garcia, y Catalina de Silua, dierõ a Maria de Silua, y a Iuan Diaz, su hija, y nieto, hermana, y sobrino del dicho Iuan Lorenço, vt elegãter docet Bartol. *in l. 2. § si dubitetur. vers. aduertendum tamen est. ff. quemadmodum testamenta aperiantur.* quem sequitur Ioannes Gutierrez *lib. 2. qq. ciuil. q. 8. num. 6. vers. quia agitur de graui præiuditio.*

N. 7. Ha se de aduertir, que en este testamento pupilar ay dos herencias, vna de Simon Diaz, y otra de Iuan Diaz su hijo *l. ita tamen ad Senatus consult. Treb. l. iam hoc iure de vulg. & pup. d. l. moribus § prius.* ibi: *licet duæ hereditates.* Y que el testador en el contexto del testamento distintamente hizo memoria dellas ibi: *El remanente que fincare, y permaneciere de todos mis bienes, y hazienda,* & ibi: *con tal condicion, que si el dicho mi hijo falleciere en la edad pupilar, todos sus bienes,* &c. & ibi: *los establezco por mis herederos.* Siendo assi que esta forma vltima es de substitucion vulgar expresa, de manera que no se cõprehende en ella, ni se incluye la pupilar tacita, porque se refiere en ella el padre assi mismo, y para que fuese pupilar tacita, tiene su forma señalada, refiriendose al hijo tacitamente, vt constat *ex d. l. moribus §. sed si quis* ibi: *si filius meus intra quatuordecim annos decesserit Seius heres*

esto l. qui liberis 8. ibi: *si filius meus intra pubertatis annos decesserit Seius heres esto l. si ita 21.* ibi: *Seius heres esto ff. de vulg. & pup.* quæ quidem verba in omnibus substitutionibus referuntur ad eum, cui substituitur pro extremo, quod nunquam fallit, siue priuatiue exprimatur, siue tacite intelligatur. vt videre est apud Bart. *in l. 1. ff. de vulg. & pup. num. 17.*

N. 8. Y en este sentido lo dispone clara, y expresamente la *l. 5. tit. 5. part. 6.* ibi; *e muriere antes que sea de hedad de catorce años, establezco a fulano, que sea heredero de mio fijo,* & ibi *mando que qualquiera que sea mio heredero, sea heredero de mio fijo,* comprehendiẽdo en ambas formas las dos substituciones pupilares, expresa, y tacita, no refiriẽdose el padre testador, assi mismo como en nuestro caso, que es limitacion de la substitucion pupilar, vt tenet Vincent. Fusar. *de substitutionibus,* & Doctores ab eo relati *quæst. 106. num. 7. & 8.* nam verba in potentiori suo significatu sunt accipienda *l. quæritur ff. de statu hominum. l. 1. §. qui in perpetuum. ff. si ager vectigalis, &c.*

N. 9. Mas quando en la forma que necessariamente ha de ser ajustada a lo dispuesto por derecho, omittitur aliquid omissum videtur, & remanet subdispositione iuris cõmunis, præsertim en materia de substituciones Ioan. Gutierr. *practicabil. tituil. quæst. lib. 5. quæst. 67. num. 9. & 10. ad l. 40. Tauri & l. 5. tit. 7. lib. 5. recopil. Glos. in cap. si pater. verbo, & casus omissus. de testamẽtis in 6.* principalmente en materia tan stricta, y que se ha de restingir. *l. quid quid adstringendæ. ff. de verborum oblig. l. quid. ff. communia prædiorum.* Y si della parece lo contrario de lo que se pretende disponer, corre seguramente que no se haze lo que se pretende, y assi esta substituciõ de nuestro caso, no es pupilar, expresa, ni tacita, imo inualida, vt tenent Doctores a Vincentio Fusar. *de substitutionib. relati quæst. 109. contra glos. in l. 1. verbo Caius ff. de vulg. et pup.* ex eo quod conuertitur ordo Scripturæ & sic viciatur dispositio *d. l. moribus, §. prius* vbi Bart. in cõuersione scripturæ distinguit casus necessitatis, & volun-

voluntatis. y resuelue; que viciado el orden necessario de la escriptura, se vicia la substitucion, adducens pro hac parte, *text. in l. prolatam, C. de sententijs, & interloq.*

N.10. Præterea, que en materia, que es adeò scrupulosa, & odiosa, *vt dixi supra Num. 3.* meo videri potuit euenire testatori, vt tempore condendi testamentum, & articulandi verba substitutionis pupillaris: hoc est, *A los quales desfallecer el dicho mi hijo en la edad pupilar, los establezco por sus herederos;* tāto scrupulo vexaretur, vt verbum suos mutaret in meos mutando dispositionem, quam ceperat, vt ita ad superius Tribunal, quieto itinere transmigrasset, & sic verbum illud, seu dictio illa mihi non vt non nociua est detrahēda, vt voluit *d. glos. Caius*, imo in suo potentiori significatu accipienda est, *vt supra dixi Num. 8.* Porque dificultosamente, y con limitacion, se admite la exclusion de la madre, o abuela (que pari passu ambulant) en la substitucion pupilar, en los bienes, que de la linea paterna obueniunt pupillo, nam tunc admittitur, quando frater est substitutus pupillaris, aut alias cōiunctus, aut causa pia, vt habetur *in cap. si pater de testam. lib. 6.* vbi glossa aduertit, quod legitima per pauperum institutionē filij non pribantur, secundū Augustinum *17. quæst. vlt. cap. vlt.* & additionator docet iura ista non militare in legatis pijs factis per defunctum in peccato mortali. hoc est ad exonerandam conscientiam patris testatoris, Ioann. Gutierr. *in repetitione cap. quamuis pactum verb. nullum ad bona, num. 7. & 8.* Ergo mucho mas difficultosamente se admitira la exclusion de la abuela en la substitucion pupilar en la legitima, y bienes, que della misma obuenerunt nepoti pupillo, admitiendo a su madrastra, que luego passò ad secundas nupcias, y a los transuersales de la linea paterna, no solo no exonerando la conciencia del padre testador, imo agrauandola mas, de que resultò mudar la disposicion.

N.11. Confirmase esta conclusion, y asseguràse mas, con q̄ per substitutionem pupillarem succeditur pupillo non

patri,

patri, vt cum multis iuribus, & Doctoribus tenet Vincenc. Fusar. *de substitut. quæst. 28. num. 5.* Ioann. Gutierr. *practicab. ciuil. lib. 5, quæst. 5. num. 1.* & in ea consideranda est affectio, & proximitas pupilli idẽ Vincent. Fusar. *de subst. quæst. 80. in secundo casu,* & si substitutio hæc nõ rite, non recte facta, euanescere non dubium: non rite quoad iustitiam, affectionem, & proximitatem pupilli ad obligationem naturalem in nepote erga auiam, ad æqualitatem successionis: siquidem pocos dias antes Catalina de Silua en el testamento, debaxo de cuya disposicion murió, que esta en este pleyto, cuydò de su nieto Iuan Diaz, instituyendolo igualmente por heredero con el dicho Iuan Lorenço, preuiniendole la educaciõ y buena enseñança, en la atencion del dicho Iuan Lorenço su tio, que exerciò con todo cuydado, y buen efecto mas tiempo de dos años, pudiẽdo priuar al dicho Iuan Diaz su nieto de la mayor parte de su legitima, mejorando al dicho Iuan Lorenço en el tercio, y remaniẽte del quinto de sus bienes. Y assi forçosamente en esta sucession, se ha de guardar, y atender a la igualdad, que propter naturalem æquitatem passim in iure consideratur, tam in vltimis voluntatibus, & successionibus, quam in contractibus, Accursius *in l. iã iure 4. ff. de vulgari, & pup. verb. propter vitandam inæqualitatem, l. peto, §. fratre,* ibi: *Ita res temperari debet, ff. de legatis. 2. l. illud, 12. C. communia vtriusque, l. vt liberis 17. C. de collationibus. l. si non fuerint 29. in princip. l. Mutius, l. neque adiecit. ff. pro socio, vbi merita considerantur,* Bart. *in l. cũ pater pluribus, ff. de legatis 2.*

N. 12. Con lo qual corre seguramente, y esta bastantemente probado, que la substitucion pupilar, que pretendiò hazer Simon Diaz fue inualida, por defecto de forma, siquidem euertit in ea iuris obseruationem multis vigilijs excogitatam, *l. si quando. 33, C. de inofficioso testam.* y mudança de disposicion: y assi estamos llanamẽte en el ab intestato, que pretende Iuan Lorenço, y en estado de que se haga la separacion de bienes, pedida de las dos

C legiti-

legitimas del dicho Iuan Diaz menor paterna, y materna, vt ex multis iuribus, & Doctoribus docet Antonio Gomez *in l. 6. Tauri num. 7.* sin que videatur iuri absonum, ex resolutione eiusdē Gomezij *in d. l. 6. num. 8. vers. Sed his non obstantibus*; quoniam hæc separatio bonorum ex voluntate patris testantis prouenit, ex vulgata regula, disponat testator, & erit lex, nam ille instatuæ decessit, & sub qualitate, & tempore præfixo, *in l. 1. §. præterea sciendum est ff. de separationibus.* Demas que todos los bienes, que tuuo, y posseyō el dicho Simon Diaz los huuo en dote de Toribio Garcia, y Catalina de Silua, con Maria de Silua su muger, sin auer aumentado cosa alguna.

N. 13. Con que concurre quam diuersa intentione partes in hoc iuditio nituntur, siquidem nos de damno vitando agimus, quæ fauorabilior est in iure, ita vt de eo agenti conceditur restitutio, non vero contrarijs, qui de lucro captādo agunt, vt videre est apud Tiraq. *de retractu lignager. §. 35. gloss. 2. num. 7. ibi: Aliud sæpe audimus concedi restitutionem ad damnū vitandum, nō ad lucrum captandum*, & paulo infra. *sed illud tamen haud dubie verū est quod non restituitur minor ad lucrum odiosum prouenient ex dispositione legali*, & cum hac differentia agendi conciliantur a Doctore D. Greg. de Portillo Primarius iuris Cesarei Interpres Salmantinus *in assignatura de liberis & posthum. anno 1635. l. non sunt liberi 1. 14. de statu hominum*, ex iure consulto Paulo *lib. 4. sententiarū* quæ est decisio contra agentem de lucro captando in excusatione oneris pro numero filiorum, *& l. quæret aliquis 133. de verborum significatione ex lib. 4. ad l. Iuliā, & Papiam* in fauore orbi agentis de vitāda caducitate hereditatis sibi delatæ.

TERCERO ARTICVLO.

N. 14. RESultando pues de lo referido en los articulos antecedentes, el ab intestato que pretende Iuan Lorenço, de su sobrino Iuan Diaz, corre sin disputa

 el

el ſucederle por el en todos ſus bienes, o a lo menos en los que le pertenecierõ por la legitima de Maria de Silua ſu madre, como ſu tio pariente mas cercano, ſin concurſo de otro *ex l.8.Tauri.l.5.tit.8.lib.5.recop.*ibi.*mandamos que ſucedan los ſobrinos con los tios, ab inteſtato in ſtirpem, y no in capita*, cum ibi notatis a Gomezio. Porque quien no eſtrañara mucho, ver los bienes que Toribio Garcia, y Catalina de Silua ganaron, con la ayuda de Iuan Lorenço ſu hijo, paſar deſta familia, a otra muy eſtraña, por vna diſpoſicion mal ajuſtada, aun al mas riguroſo derecho.

N.15. Y como el meſmo derecho en ſu mas pura candidez, no ſe conuencera a portarſe en la deciſion de la ſubſtitucion pupilar, que ſe pretende en eſte caſo, como ſe porto al introducirla, pues nos enſeña con tanta ſinceridad vna doctrina tan igual, como es la de la Rubrica, *quod quiſque iuris in alium ſtatuerit vel obtinuerit ipſe eodem iure vtatur*. Ponderando el conſulto Vlpiano *en la primera ley de eſte titulo*, la ſuma equidad deſte Edicto, ſiquidem a iure diuino nititur *Gloſ.in dicta l.1.verbo ſummã* tan ſin quexa de alguien, con aquellas palabras tan dignas de eſtimacion ibi: *quis enim aſpernabitur idem ius ſibi dici quod ipſe alijs dixit vel dici effecit*? Porque lo demas ſeria faltarſe el derecho a ſi miſmo, no ſiendo en lo eſtricto igualmente eſtricto, en lo ſumo igualmẽte ſumo; pues a lo mas riguroſo, y ſtricto del derecho, ſe ha de oponer ſu mayor equidad, y humanidad, Tiraq.*de retractu lignagier,§.35.Gloſ.1.per tot.* omnino videnda, por medio del pretorio, pues para templar ſus rigores ſe introduxo ayudar, y ſuplir el derecho ciuil, por la publica vtilidad, *l.7.cum ſimilibus ff.de iuſtitia, & iure.* Y aſsi eſperamos que ſe ha de juzgar por Iuan Lorenço. Salua in omnibus digniſsima cenſura, &c.

El Ldo. D. Barme. Paez de Caſtillejo.

el sucedétle por el en todos sus bienes, o a lo menos en los que le pertenecierõ por la legitima de Maria de Silua su madre, como su tio pariente mas cercano, sin concurso de otro ex l. 8. *Taur. l. 5. tit. 8. lib. 5. recop. ibi, menos damos que sucedan los sobrinos con los tios, ad instar fratris in stirpem, y no in capita*, cum ibi notatis a Gomezio. Porque quien no estrañara mucho, ver los bienes que Toribio Garcia, y Catalina de Silua ganaron, con la ayuda de Iuan Lorenço su hijo, passar desta familia, a otra muy estraña, por vna disposicion mal ajustada, aun al mas rigurosо derecho.

N. 15. Y como el mesmo derecho en su mas pura candidez, no se conuenceria a portarse en la decision de la substitucion pupilar, que se pretende en este caso, como se porto al introducirla, pues nos enseña con tanta sinceridad vna doctrina tan igual, como es la de la Rubrica, *quod quisque iuris in alium statuerit vel obtinuerit ipse eodem iure vtatur*. Ponderando el consulto Vlpiano en la primera ley de esse tit. lo, la suma equidad deste Edicto, siquidem a iure diuino nititur *Glos. in dicta l. 1. verbo summã* tan sin queza de alguien, con aquellas palabras tan dignas de estimacion ibi: *quis enim aspernabitur idem ius sibi dici quod ipse alijs dixit vel dici effecit?* Porque lo demas seria faltarse el derecho a si mismo, no siendo en lo estricto igualmente estricto, en lo sumo igualmẽte sumo; pues a lo mas riguroso, y stricto del derecho, se ha de oponer su mayor equidad, y humanidad, Tiraq. *de retractu lignagier. §. 35. Glos. 1. per tot.* omnino videnda, por medio del pretorio, pues para templar sus rigores se introduxo ayudar, y suplir el derecho ciuil, por la publica vtilidad, *l. 7. cum similibus ff. de iustitia, & iure*. Y assi esperamos que se ha de juzgar por Iuan Lorenço. Salua in omnibus dignissima censura, &c.

El Ldo. D. Barme. Perez de Castillejo.